

Sumário Executivo

Parecer sobre a Proposta de Lei n.º 109/XIV/2 que prevê a fixação de margens de produtos petrolíferos

I. Enquadramento

1. A ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE EMPRESAS PETROLÍFERAS (“**APETRO**”) solicitou à SRS Advogados (“**SRS**”) a elaboração de um parecer jurídico sobre as implicações, face ao Direito Constitucional e ao Direito da União Europeia, decorrentes de uma aprovação da Proposta de Lei n.º 109/XIV/2.ª, de 22 de julho de 2021 (“**Proposta de Lei**”), nos termos da qual se propõe alterar o Decreto-Lei n.º 31/2006, de 15 de fevereiro, que estabelece os princípios gerais relativos à organização e funcionamento do Sistema Petrolífero Nacional (“**SPN**”), daqui em diante “**DL 31/2006**”.
2. O presente documento corresponde a um sumário executivo do referido parecer, que se encontra em fase de ultimização, preparado no quadro da receção pela APETRO, no dia 29 de setembro de 2021, de convite para se pronunciar perante a Comissão de Ambiente, Energia e Ordenamento do Território (11ª Comissão) da Assembleia da República, a qual, de acordo com as notícias vindas a público, tem calendarizada votação final da Proposta de Lei para o dia 7 de outubro de 2021.
3. Na origem desta iniciativa legislativa estará, *inter alia*, um estudo realizado pela ENSE - Entidade Nacional para o Setor Energético, E.P.E. (“**ENSE**”), publicado no dia 14 de julho, segundo o qual ter-se-á verificado um aumento no diferencial entre os valores de referência calculados por esta entidade e o preço de venda ao público.
4. Contudo, é imperativo referir que o DL 31/2006 é omissivo no que concerne à análise e/ou cálculo de margens brutas, *i.e.* inexistente qualquer base legal habilitante. Ademais, a metodologia utilizada pela ENSE para cálculo das margens brutas apresenta insuficiências, conforme, entretanto, evidenciado pela APETRO, não tendo sido alvo de qualquer escrutínio,

Sócios | Partners

Pedro Rebelo de Sousa . Soares Machado . Dulce Franco . William Smithson . Octávio Castelo Paulo . Gabriela Rodrigues Martins . César Sá Esteves
José Luís Moreira da Silva . José Jácome . Alexandra Valente . Gonçalo Anastácio . Nuno Miguel Prata . Anabela Gonçalves Ferreira
Gustavo Ordonhas Oliveira . Paulo Bandeira . Alexandre Roque . Ana Luísa Beirão . Ana Menéres . Carla Neves Matias . Cláudia Varela .
João Paulo Mioludo . Luis Neto Galvão . Mafalda Alves . Maria José de Tavares . Maria Lancastre Valente . Maria Paula Milheirão .
Mariana Caldeira de Sarávia . Natália Garcia Alves . Neuza Pereira de Campos . Raquel Cuba Martins . Regina Santos Pereira . Sara Estima Martins

ao contrário do que sucedeu relativamente ao cálculo dos preços de referência, que foram alvo de parecer do Conselho Nacional para os Combustíveis.

5. Sem prejuízo, constata-se que a Proposta de Lei tem como objetivo *“habilitar o Governo a intervir com a fixação de margens máximas em todas as componentes das cadeias de valor de gasolina e gasóleo simples e de GPL engarrafado, assegurando a disponibilidade de uma ferramenta para dar resposta adequada e proporcional a eventos de distorção no mercado nos combustíveis essenciais à vida dos consumidores e das empresas”* (cfr. exposição de motivos da Proposta de Lei).
6. A eventual intervenção do Governo consistirá na fixação, num setor há muito liberalizado, de margens máximas (i) *“em qualquer uma das componentes comerciais que formam o preço de venda ao público dos combustíveis simples e/ou do GPL engarrafado”*, *“por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da economia e da energia, sob proposta da ERSE e ouvida a Autoridade da Concorrência”*, (ii) durante um período limitado no tempo (cfr. n.ºs 3, 4 e 5 que a Proposta de Lei adita ao artigo 8.º do DL 31/2006, sob a epígrafe *“medidas de salvaguarda”*).

II. Da inconstitucionalidade

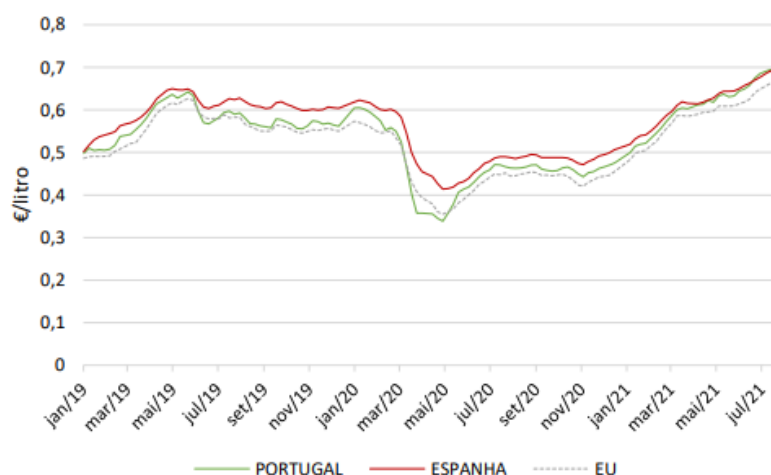
7. Em primeiro plano, a Proposta de Lei colide notoriamente com o princípio vertido no artigo 10.º do referido DL 31/2006, designadamente de liberdade de fixação de preços por parte dos operadores. De facto, na sua redação atual, as bases do SPN apenas preveem eventuais contrações ao regime de preços livres em situações relativas a *“obrigações de serviço público”* legalmente estatuídas ou em situações excecionais, classificadas como *“medidas de salvaguarda”* (cfr. artigo 8.º do DL 31/2006).
8. Mas, e com maior relevo normativo, a Proposta de Lei viola a exigência da proteção da confiança, decorrente do princípio da segurança jurídica, imanente ao princípio do Estado de Direito Democrático, com tutela constitucional no artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa (**“CRP”**).
9. Tal princípio surge aqui violado em duas frentes, pois, por um lado, a Proposta de Lei – ao prever a fixação de margens independentemente das situações de crise energética taxativamente previstas (e de comunicação à Comissão Europeia) – apresenta-se em frontal contradição com as circunstâncias de um mercado concorrencial que determinaram e determinam os investimentos privados (não só dos operadores existentes, como de entrantes recentes e futuros no mercado), sendo que a previsibilidade de qualquer sistema de regulação económica é sempre uma premissa fundamental que se encontra totalmente ausente num sistema tão aleatório como o da Proposta de Lei; e, por outro lado, o próprio regime previsto

na Proposta de Lei apresenta-se violador do princípio da confiança, atendendo ao seu caráter, vago, genérico e incerto, que, nomeadamente, impede qualquer planeamento financeiro e de gestão da atividade dos operadores económicos.

10. Por outro lado, a Proposta de Lei – na medida em que pretende introduzir uma possibilidade de intervenção nas margens praticadas pelos operadores – configura uma manifesta restrição ao direito de iniciativa privada, previsto no artigo 61.º/1 da CRP – porquanto interfere na liberdade de organização, gestão e atividade da empresa, dimensão essencial do direito de iniciativa económica privada – o qual é um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias e, por essa razão, beneficia de um regime estrito em matéria de restrições, conforme previsto no artigo 18.º da CRP.
11. No que concerne à adequação constitucional da Proposta de Lei, impõe-se realçar que a CRP define os limites à intervenção do Estado na economia, designadamente quando estejam em causa direitos fundamentais, mormente os direitos, liberdades e garantias. Assim, a conformidade da Proposta de Lei está constitucionalmente dependente de passar no crivo do artigo 18.º/2 e 3, *i.e.* os critérios constitucionais que permitem validar uma restrição de um direito, liberdade e garantia.
12. A esse respeito, independentemente do crivo da adequação, é forçoso que se diga que a medida seguramente não passará o crivo da proporcionalidade. De facto, o impacto possível da medida no preço final é diminuto, razão pela qual se pode dizer que o legislador escolheu uma medida eventualmente eficaz, mas irremediavelmente ineficiente. Além disso, e ainda que tal não acarrete *per se* a inconstitucionalidade da medida em causa, o impacto que esta poderá ter nas empresas do setor será o de desincentivar a eficiência das mesmas, o que não é constitucionalmente irrelevante e tenderá, com o tempo, a eliminar a própria adequação que constitui à partida o objetivo da Proposta de Lei.
13. Neste sentido, se o legislador escolheu uma medida pouco eficiente, tal releva particularmente no domínio da análise da necessidade da medida, designadamente da ponderação de medidas alternativas que cumpram o mesmo objetivo, mas que sejam menos (ou nada) restritivas dos direitos, liberdades e garantias em causa.
14. Nesta sede, importa notar que se, por um lado, o peso de venda ao público é composto em cerca de 10% pelas margens sobre as quais se pretende intervir – assim restringindo a liberdade de gestão de empresa, componente da iniciativa económica privada – por outro, esse mesmo preço final é composto em mais de 50% por impostos (designadamente o Imposto sobre o Valor Acrescentado e o Imposto Sobre Produtos Petrolíferos).

15. Tal significa que, estando o Governo preocupado com o preço de venda ao público dos combustíveis, tem ao seu alcance uma medida – a descida de impostos, nomeadamente do ISP – que, sendo adequada à produção do efeito de descida do preço final dos combustíveis, assegura esse mesmo efeito sem restringir qualquer direito, liberdade e garantia.
16. Tanto mais que, conforme é público, o nível de impostos sobre os combustíveis é particularmente elevado em Portugal em comparação com o resto do mundo e com os seus parceiros da União Europeia, neste caso, em manifesto contraste com o poder de compra médio dos respetivos cidadãos.
17. Em acréscimo, uma descida da tributação destes produtos cumpriria o princípio constitucional da concorrência (cfr. artigo 81/f) da CRP), ao suavizar a enorme assimetria fiscal com o Reino de Espanha, único Estado com quem os operadores retalhistas estabelecidos em Portugal entram em concorrência direta.
18. De facto, deve notar-se que a evolução dos preços médios antes de impostos em Portugal compara favoravelmente com a situação verificada no Reino de Espanha, *i.e.* não só não se verifica qualquer discrepância relevante, como esse preço – relativamente à gasolina 95 – chega a ser inferior em Portugal, conforme resulta da figura *infra*, extraída dos “*Comentários da AdC à Proposta de Lei n.º 109/XIV/2ª sobre a criação da possibilidade de fixação de margens máximas de comercialização para os combustíveis simples e GPL em garrafa*”.

Figura 8: Evolução do PMAI (€/litro) da gasolina 95 em Portugal, Espanha e EU – jan 2019 a 2 ago 2021



Fonte: Dados DG Energy – Tratamento AdC.

19. Por outro lado, cumpre ainda referir as “*medidas alternativas de promoção de concorrência e de mitigação de captação de margem*”, identificadas pela Autoridade da Concorrência (“**AdC**”) nos “*Comentários da AdC à Proposta de Lei n.º 109/XIV/2ª sobre a criação da possibilidade*

de fixação de margens máximas de comercialização para os combustíveis simples e GPL em garrafa”, que correspondem às diversas recomendações publicamente apresentadas ao longo do tempo por aquela Autoridade e que não foram implementadas em Portugal. Não obstante as dúvidas que possam suscitar algumas de tais recomendações, em nenhum caso são propostas soluções de intervenção pública que se sobreponham aos princípios da livre economia de mercado.

20. Deste modo, conclui-se que o legislador tem ao seu alcance medidas que asseguram o efeito pretendido (ou maior) sem qualquer impacto sobre direitos, liberdades e garantias, havendo por isso fundadas razões para a inconstitucionalidade da medida proposta por inobservância do princípio da proporcionalidade na sua vertente de necessidade.
21. Por fim, importa dizer que as formulações nos termos das quais a proposta confere amplísimos poderes discricionários ao legislador quanto à determinação do “se” da intervenção é também suscetível de acarretar a inconstitucionalidade da medida proposta. É que, nos termos do artigo 18.º/2, conjugado com o artigo 165.º/1 alínea b) da CRP, uma restrição de um direito, liberdade e garantia apenas pode ser operada por Lei ou por Decreto-Lei autorizado. Tal requisito não se considera cumprido apenas pela vertente formal. Não será, por exemplo, conforme à Constituição uma Lei que se limite a conferir à administração pública poderes para intervir sobre os direitos, liberdades e garantias que entender, como entender e quando entender.
22. Realce-se que a iniciativa legislativa *sub judice* adita três números ao artigo 8.º do DL 31/2006, o qual, na sua redação atual, estabelece as medidas excecionais de salvaguarda que podem ser adotadas pelo Governo em caso de crise energética durante um período limitado no tempo, sob condição de comunicação prévia à Comissão Europeia sempre que essas medidas sejam suscetíveis de provocar distorções de concorrência.
23. A redação agora proposta, no entanto, visa conferir uma muito maior latitude de intervenção ao Governo, a qual deixaria de estar restringida a situações de crise energética (as quais se encontram definidas no Decreto-Lei n.º 114/2001, 7 de abril) e de requerer qualquer tipo de comunicação à Comissão Europeia.
24. Nessa medida, a Proposta de Lei poderá ser inclusivamente apta a retirar qualquer utilidade normativa ao atual artigo 8.º do DL 31/2006, na medida em que os números que se pretende aditar estendem a possibilidade de intervenção do Governo não só aos casos de crise energética, mas também a casos excecionais “*por razões de interesse público*”.
25. Ou seja, trata-se de uma espécie de “carta-branca” conferida ao Governo que lhe permite atuar sobre os preços da gasolina e gasóleo simples e de GPL engarrafado, numa verdadeira

exceção de âmbito mais alargado do que aquela já cristalizada na lei, reservada apenas para situações de crise energética (devidamente tipificadas na Lei) e que requer comunicação prévia à Comissão Europeia.

26. A este respeito, cumpre ainda notar que a exceção que ora se pretende introduzir com a Proposta de Lei não é sequer fundamentada num estado de necessidade administrativa, mas antes no conceito indeterminado de “razões de interesse público”.
27. Ademais, ao relegar para Portaria a definição das margens máximas do preço de venda dos combustíveis ou do GPL engarrafado, a Proposta de Lei confere ao Governo uma competência conformadora da normatividade disciplinadora da sua própria atuação, uma vez que é este a quem incumbe a prerrogativa de definir conceitos como “*eventos de distorção no mercado dos combustíveis*”, “*razões de interesse público*”, “*assegurar o regular funcionamento do mercado e a proteção dos consumidores*”. E, por fim, será ainda o Governo que fixa as margens máximas.
28. Por conseguinte, a Proposta de Lei corresponde a um conjunto de normas em branco, alicerçadas em conceitos indeterminados que necessariamente redundam numa deslegalização (com a remissão para mera Portaria), quando o que está verdadeiramente em causa é o direito à livre iniciativa económica privada e o direito de propriedade.

III. Da desconformidade com o Direito da União Europeia

29. Doutro passo, a Proposta de Lei consubstancia, igualmente, uma limitação às liberdades económicas fundamentais, consagradas pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“**TFUE**”) e na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (“**TJUE**”).
30. Na União Europeia, a regra geral é a de que os operadores económicos gozam de uma liberdade económica plena, livre de quaisquer entraves, para além das exceções muito limitadas previstas no Tratado.
31. São garantidas aos operadores económicos, ao abrigo do Direito Constitucional (artigo 8.º/4 da CRP) e do Direito da União Europeia, as seguintes liberdades económicas fundamentais, com pertinência para o caso:
- a. Direito de estabelecimento (cfr. artigos 49.º ss. do TFUE);
 - b. Liberdade de circulação de capitais (cfr. artigos 63.º ss. do TFUE); e
 - c. Liberdade de circulação de mercadorias, dependendo das opções da portaria (cfr. artigos 28.º ss. do TFUE).

32. Qualquer restrição a uma das referidas liberdades económicas fundamentais previstas e protegidas, quer pelo Direito Constitucional, quer pelo Direito da União Europeia, carece – nos termos da lei e da jurisprudência – de uma exigente justificação.
33. Quando os Estados invocam justificações para as restrições das liberdades económicas fundamentais, impera, por parte do TJUE, uma análise rigorosa das medidas restritivas, assente em quatro elementos essenciais: (i) adequação; (ii) necessidade, ou da “alternativa menos restritiva”; (iii) proporcionalidade *stricto sensu*; e (iv) coerência da medida e carácter sistemático da prossecução do objetivo.
34. Na Proposta de Lei, a justificação alegada é o regular funcionamento do mercado e a da proteção dos consumidores (designando-a de interesse público), o que, em abstrato, seria enquadrável pela jurisprudência dos Tribunais da União Europeia como exigência imperativa de interesse geral.
35. Porém, relativamente à medida concretamente proposta (habilitar o Governo a intervir com a fixação de margens máximas em todas as componentes das cadeias de valor de gasolina e gasóleo simples e de GPL engarrafado, assegurando a disponibilidade de uma ferramenta para dar resposta adequada e proporcional a eventos de distorção no mercado dos combustíveis essenciais à vida dos consumidores e das empresas), afigura-se a mesma juridicamente inviável, pela seguinte ordem de razões:
- (i) Adequação da medida: não entendemos que se possa defender a existência de um nexo causal entre os fins visados (regular funcionamento do mercado e proteção dos consumidores) e os meios utilizados (possibilidade de se fixarem margens), desde logo porque a aplicabilidade da medida está prevista de forma arbitrária e porque não se conduziram consultas aos reguladores prévias à iniciativa legislativa. Embora se refira que a medida será excecional e temporária, não se indica em que circunstâncias se poderá vir a aplicar ou por quanto tempo durará a referida aplicação;
 - (ii) Necessidade: não tendo adotado outras medidas recomendadas e propostas há muito pelos próprios reguladores do Estado que observam e conhecem os mercados em causa, parece impossível sustentar que esta medida é necessária e, menos verosímil será, demonstrar que era a menos restritiva das hipóteses disponíveis;
 - (iii) Proporcionalidade *stricto sensu*: o impacto que uma medida destas tem no mercado é sempre difícil de antecipar, e mais ainda perante uma redação tão vaga, mas dado tratar-se de um mercado já com algumas barreiras à entrada, então a proporcionalidade poderá ser muito difícil de defender;

(iv) Coerência da medida e carácter sistemático da prossecução do objetivo: a medida não só não foi apresentada no âmbito de um plano coerente com vista a atingir um objetivo, como nem sequer se poderá afirmar que existe um objetivo claro e bem definido a apresentar. A grande amplitude e potencial de discricionariedade na sua aplicação coloca entraves à concorrência nestes mercados e pode ainda contrariar objetivos de índole ambiental.

36. A prejudicar a passagem pelo crivo de todos os patamares de análise acima indicados, encontra-se o facto de não se apresentarem estudos capazes de demonstrar a verificação dos requisitos de uma restrição às liberdades económicas fundamentais consagradas no direito da UE, bem como a não audição prévia, em condições e calendarização razoavelmente adequada, das autoridades reguladoras independentes relevantes ao tema.

37. A análise de todos os elementos acima indicados terá necessariamente em linha de consideração o próprio nível de proteção associado à justificação apresentada e as especificidades do Estado Membro em causa nessa matéria. Tratando-se de uma justificação *menor* (quando comparada com as habitualmente utilizadas para este tipo de medidas restritivas pois não estão aqui em causa, por exemplo, razões de saúde pública ou relativas à segurança) e não passando pelo crivo da análise referenciada, será, no nosso entender, contrária ao Direito da União Europeia.

38. Deste modo, considera-se a justificação em causa violadora do TFUE por contrária às liberdades económicas fundamentais do mercado único, vigentes e diretamente aplicáveis no ordenamento jurídico interno por força do primado do Direito da União Europeia.

IV. Do carácter anticoncorrencial da medida

39. Acresce que a iniciativa legislativa em questão é antinómica ao princípio constitucional da concorrência, consagrado no artigo 81.º/f) da CRP, bem como à política económica de mercado aberto de livre concorrência da União Europeia, prevista nos artigos 3.º do TUE, 120.º do TFUE e pelo Protocolo n.º 27 anexo a este último tratado, preceitos que saíram inaceitavelmente comprometidos com uma medida desta natureza.

40. Neste âmbito, e como sempre seria de esperar de qualquer autoridade de concorrência de um país da OCDE, a AdC alertou de imediato, em posicionamento técnico categórico, para os inconvenientes e riscos de uma regulação de margens, designadamente no parecer que emitiu a respeito da Proposta de Lei – *Comentários da AdC à Proposta de Lei n.º 109/XIV/2ª sobre a criação da possibilidade de fixação de margens máximas de comercialização para os combustíveis simples e GPL em garrafa* – e no qual é clara e eloquente quanto à desadequação e inconveniência da iniciativa em causa.

41. Veja-se que, se noutros mercados sujeitos a regulação setorial (nomeadamente por razões de monopólio natural e necessidades de *unbundling*) as decisões em causa são tomadas por reguladores independentes e com base em análises e critérios técnicos, conforme os ditames das diretivas europeias de liberalização, por maioria de razão, num setor há muito liberalizado e que tem sido objeto de um escrutínio singular por parte de uma entidade independente respeitada internacionalmente como particularmente equipada do ponto de vista dos poderes de ação, preparada tecnicamente e agressiva no *enforcement*, não pode ser aceitável que a decisão discricionária em causa possa ser tomada pelo Governo.
42. Para além de que nesses setores onde ainda subsiste regulação económica setorial são regulados preços e não margens, tratando-se esta última de uma solução ainda mais insólita e contrária à concorrência pelos riscos que implica de promoção de ineficiências.

V. Conclusão

43. Finalmente, será forçoso concluir que não há estado de necessidade ou emergência administrativa que justifique a norma em branco que a Proposta de Lei confere ao Governo.
44. De facto, a proposta de lei não fundamenta a intervenção regulatória do Governo, como vimos, nem em qualquer crise energética, nem qualquer estado de necessidade ou administrativa: o Governo poderia intervir em qualquer circunstância que entendesse qualificar como “*evento de distorção do mercado*” – o que chega a ser uma norma administrativa totalmente vazia de conteúdo.
45. Por todo o exposto, conclui-se pela desconformidade da Proposta de Lei face à Constituição da República Portuguesa e ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Lisboa, 4 de outubro de 2021

* * *